

## TRANSCRIPCIÓN DE AUDIO. DR. ZAFFARONI, RAÚL

### LA DESTRUCCIÓN TOTAL DEL CÓDIGO PENAL EN LA ARGENTINA

Bien, vamos a conversar un momento sobre la situación de, bueno, la deformación profesional natural que es penalismo en este momento en la Argentina, en las dificultades que chocamos, que encontramos los penalistas para hacer ciencia penal, para hacer dogmática, para interpretar nuestra ley penal de este momento y para explicársela a los alumnos, es decir, para el entrenamiento de los futuros operadores del poder jurídico digamos. Creo que nos estamos enfrentando en el mundo con un problema que repercute por supuesto en nuestro país en nuestra legislación, con datos folklóricos nuestros. Hay un problema que es de marco mundial digamos, creo que esa repercusión local ha golpeado muy fuerte nuestra legislación, lo cual nos está acarreado nuevas dificultades y creo que también tenemos que agregar otros datos locales acerca de una tradición de inconstitucionalidad de violaciones a las normas fundamentales, en que por accidente de tipo institucional y vicios adquiridos a lo largo de esos accidentes de tipo institucional ha vivido nuestro país. Vamos por parte, en principio el marco mundial que estamos viviendo es sumamente grave en cuanto a regresión en materia de garantías y de derechos humanos especialmente en lo que se trata de sistema penal.

La fabricación a lo largo de ochocientos años de distintos enemigos, algunos de buena calidad que duraron varios siglos como Satanás y otros que están considerados de plástico, es decir descartables, que duran poco y finalmente el panorama a partir del 2001 del último enemigo, el terrorismo, que ha venido a complicar todo, no sabemos como va a seguir esta historia, en este momento estamos en una situación una coyuntura en lo posiblemente espero que mundialmente pueda cambiar. Pero lamentablemente los países centrales han tomado un camino que es altamente penoso y altamente riesgoso. Me refiero fundamentalmente a Estados Unidos y Europa. Hay algunos signos que son demasiados mediáticos. Pero hay otros que no están tan publicitados y en consecuencia no son conocidos.

Realmente la legislación antiterrorista en cada país ha producido graves violaciones a las garantías individuales en materia migratoria, posibilidad de expulsión de extranjeros o rechazo de extranjeros sin intervención judicial ninguna sin recursos sin control de racionalidad de los actos, ampliación de la detención administrativa sin intervención judicial, ampliación del secreto de investigación, es decir, limitaciones al derecho de defensa, posibilidad de someter a proceso y de admitir, incluso en el juicio para condenar, informes producidos por los servicios de inteligencia, por supuesto sin control y durante gran parte del proceso sin control judicial, agravación de toda una cantidad de conductas típicas, re-tipificación de delitos que ya están tipificados como naturalmente el terrorismo convoca a la memoria inmediatamente evoca, es destrucción masiva de personas a través de medios de gran destrucción, medios de poderosa destrucción masiva, bueno eso en todo el mundo siempre ha estado penado con las más altas penas, con la penas mayores, máximas que hay en cada ordenamiento jurídico.

Bueno, volver a tipificar esto, tipificar actos previos, actos preparatorios que cada vez como son más preparatorios más previos son más equívocos.

Bueno, todo este conjunto es legal, violatorio de garantías pero es legal, detrás de todo esto se ha producido lo mismo que sufrimos los países del Cono Sur durante la seguridad nacional porque después de todo esto no es más que la ideología de seguridad nacional "planetarizada". La ideología de la seguridad nacional nace modernamente nace con la escuela francesa de Argelia de Vietnam Indochina, simplemente es inventar un estado de guerra, un estado que no es ni de guerra ni de derecho quedó en el medio entonces no es nada, todo esto ha sido racionalizado por Karl Schmit y después en una conferencia del año 1962 siguió legitimando al General Raoull Salam, el terrorista francés de ultraderecha de aquel momento, fue teórico de la seguridad nacional, cosa que no se destaca mucho. En la teoría del partisano de Karl Schmit fue la mejor teorización de la doctrina de la seguridad nacional. Esa doctrina de la seguridad nacional nos llega a los argentinos a partir del año 1957 con una misión francesa establecida en forma permanente en nuestro Ministerio de Defensa. Es decir, la recibimos en versión original, el resto de América Latina la recibe a través de la Escuela de Panamá, es decir los norteamericanos, los franceses le enseñan a los norteamericanos la doctrina de la seguridad nacional y las técnicas de tortura, etc. que los norteamericanos no sabían, esto es cierto, la aprenden de los franceses, como siempre simplifican todo, entonces hicieron unos manualitos en la Escuela de Panamá juntaron todas las cúpulas de las fuerzas armadas latinoamericanas, le insuflaron la ideología de la seguridad nacional o de la guerra sucia, entonces hay un estado de guerra con un enemigo que no es el enemigo clásico por eso no se aplica la ley de guerra, tampoco es el delincuente, porque tampoco es la delincuencia clásica, entonces tampoco se aplica el derecho penal, no se aplica nada y se mata a quien quiere. Eso es en definitiva lo que ha pasado y eso es lo que está pasando hoy a nivel planetario. Por qué afirmo esto, sencillamente por varias razones pero me voy a referir a una sola, Europa, la civilizada Europa, entre 2002 y 2007 ha tenido dos campos de concentración, en Polonia y en Rumania y lo niegan y prueba de eso los dos informes, el primero y el segundo informe de Dick Martin, el senador suizo Dick Martin como Presidente del Comité de Derechos Humanos del Parlamento Europeo, lo pueden buscar en Internet, van a encontrar los dos informes y van a ver que entre 2002 y 2007 con conocimiento de los gobiernos europeos que no pudo pasar por alto, tuvieron dos campos de concentración de la CIA en dos países europeos, curiosamente necesitados de ayuda económica, Polonia y Rumania. Este es el panorama en el cual, este panorama de regresión de derechos humanos, en el cual en nuestros países en América Latina donde no tenemos fenómenos de terrorismo en este momento el gran enemigo es la delincuencia organizada que nadie sabe muy bien qué es, son manifestaciones de criminalidad de

mercado, servicio ilícitos u objetos ilícitos, fundamentalmente servicios ilícitos, estas manifestaciones de criminalidad organizada que tenemos en la región no nos afecta muy particularmente a la Argentina pero si naturalmente Colombia, México, estas manifestaciones como toda criminalidad de mercado, todos sabemos que no funcionan solas, la criminalidad de mercado, es decir, prestación de servicios ilícitos, el agujero de desorden del mercado es una criminalidad que no se produce sin el cónyuge inseparable dicen que se divorcian pero siempre se acuestan que es la corrupción. Si no hay corrupción o participación de determinados niveles de poder estatal esta criminalidad no funciona.

Yo ya no estoy hablando de corrupción a nivel de gobiernos nuestros regionales, estoy hablando de algo que claramente pasa en el mundo, si leemos lo que se está haciendo con el poder represivo respecto de la criminalidad organizada criminalidad de mercado, el efecto económico es claro y es indiscutible, la criminalidad de mercado está dejando una rentabilidad anual del orden de más de mil, de un millón de millones dólares, un millón de millones de dólares está insertado todos los años, inyectado en el circulante mundial cumple sin lugar a dudas una función macroeconómica que nadie quiere terminar. Como se verifica que nadie la quiere terminar, no he visto ninguna fuerza armada de ningún país invadir los refugios fiscales, en castellano le dicen paraísos, pero se confundieron realmente en la traducción son refugios no paraísos, se confundieron pero no importa, refugios fiscales que todos sabemos donde están, nadie se ha preocupado en suprimirlos, por supuesto no están rodeados de grandes ejércitos que los defiendan. Bien, todo eso nos hace pensar que bueno, cuál es el efecto de reprimir internacionalmente esta criminalidad de mercado, el efecto económico es muy claro, se aumenta el riesgo del servicio ilícito, por lo cual aumenta el precio, se eliminan las PYMES del servicio ilícito, es decir, los pequeños prestadores del servicio que tienen poca tecnología, poca sofisticación, llegan los más sofisticados, se concentra el servicio ilícito en grandes empresas del servicio ilícito que además lo prestan a precios más caros, aumenta la rentabilidad y se concentra la criminalidad organizada. Esto que cualquiera que conozca los más elementales principios de economía lo percibe parece que los grandes economistas no lo perciben y los políticos menos y me estoy refiriendo a los políticos de los países centrales y digo políticos de los países centrales porque la mayor parte de la rentabilidad queda allá, si tomamos cocaína, el precio de producción del producto es bajísimo el de costo del kilo de cocaína es uno al consumidor de país central le llega ocho, diez, doce, quince, es decir, la mayor parte de la rentabilidad no está en el aumento del precio del producto sino en un encarecimiento del servicio de distribución, el servicio de distribución se produce dentro de los países centrales. La inmensa parte de rentabilidad queda en los países centrales. El otro problema, el otro Satanás moderno que se muestra en todos nuestros países es la criminalidad urbana, criminalidad común, corriente, urbana, el problema de la seguridad, es decir, nuestros medios masivos bombardean cotidianamente con noticia roja, basta abrir cualquier diario para ver cómo ha aumentado en los últimos años el metraje cuadrado de noticia roja. Y si no tienen porque ese día no mataron a nadie o hay pocos muertos o no hay ningún muerto más o menos sensacional, los de tránsito no cuentan, esos son menores, entonces, bueno, se habla del muerto del día anterior o de los dos días anteriores. Basta abrir la pantalla de la caja "idiotizante" para que caiga sobre la familia reunida en torno a la mesa, etc. sangre, sangre, sangre, sangre. Todo esto responde a la hipertrofia del sistema penal de los Estados Unidos que ha llegado a tener el mayor índice de "prisionización" del mundo, en el mundo hay una tendencia a la baja de homicidios en todos los casos de suba de producto interno bruto per capita quiero decir. Salvo un solo país que tiene un alto producto per capita y un alta renta per capita y sin embargo tiene homicidios altos que son los Estados Unidos, ese es el resultado del sistema penal que tiene, que tiene más de dos millones de presos y otros de tres millones de personas controladas en probation, resultado que está a la vista por supuesto. En todos los demás países del mundo a mayor renta per capita menor homicidio, las curvas se cruzan, estas son estadísticas de Naciones Unidas. La propaganda de esta inmensa empresa de los Estados Unidos que por otra parte le funciona a su tercerización económica, es decir, al pasar a una economía de producción a una economía de servicio, la propaganda se planetariza, pero se planetariza a través de los medios de la comunicación de entretenimientos, uno toma y hace zapping con la caja "idiotizante" y ve una serie norteamericana tras otra, tras otra, tras otra, tras otra, y cree que en cinco minutos debe haber visto diez homicidios o algo por el estilo, creo que cualquiera puede hacer esa prueba en un rato y lo verifica. Todo eso es publicidad de sistema penal, en qué sentido, no hay conflicto que no se resuelva violentamente, no hay conflicto que no se resuelva con represión, el héroe es el que viola reglas, es el sujeto que pasando por encima del que opone obstáculos legales, etc. para la realización material de la justicia mata al maldito finalmente y después de reventar al maldito y de recibir dieciocho mil patadas entonces se va con la mulatona a tomar un whisky, es un psicópata, si realmente ese sujeto existe es un psicópata, o sea convertimos en héroes a los psicópatas. Y después hay otros que se convierten en héroes que son las víctimas selectas, se selecciona a una víctima, una, por supuesto las restantes víctimas no cuentan, si esa víctima tiene algunas características histriónicas y otras características de clase, étnicas, etc. de identificación, se la eleva a la condición de héroe. Con lo cual hay una doble crueldad, por un lado se le interrumpe la elaboración del duelo, a veces se lo enferma, ya hay alguna característica patológica para asumir el rol, por otro lado, con terrible crueldad se le exhibe, se le hace decir las peores barbaridades indicativas, nadie se anima a contestarle porque es responderle al dolor del deudo es una crueldad desmentir a la víctima, hoy la víctima puede opinar sobre cualquier cosa impunemente y sobre esa onda se montan algunos por temor, algunos políticos por temor, otros políticos por oportunismo y todo eso resulta en modificación de leyes penales, en mayor arbitrio, arbitrariedad selectiva mayor espacio de autonomización de las policías, etc. en nuestro caso el resultado que tenemos es la destrucción total de la legislación penal en este momento, ya no tenemos Código Penal en la República Argentina hoy, tenemos restos de códigos, pedazos de códigos como si se hubiese implosionado el código de pronto y eso nos dificulta terriblemente la tarea de elaborar doctrina, no sabemos cuál es nuestra pena privativa de libertad máxima, no lo sabemos. El Código Penal dice para el concurso real cincuenta años, establece la posibilidad de pedir la libertad condicional después de treinta y cinco años en caso de perpetua, todo esto es un absurdo porque ninguna cárcel del mundo, bueno salvo en los Estados Unidos, pero ninguna cárcel del mundo está llena de ancianos, nadie está en la cárcel ya el abuelo con el nietito

le dice aquel señor que está arriba de la palmera es el que mató al tatarabuelo en la revolución del treinta, eso no pasa, es decir, ni tampoco va a pasar en el futuro, el día que alguien llegue a tercera edad en la cárcel, molestan, en consecuencia la propia administración penitenciaria se lo quiere sacar de encima, pero bueno hoy no se presenta el problema porque todavía no se han, no se han ejecutado penas de esa naturaleza, empiezan a imponerse algunas, de modo que tampoco se ha planteado todavía la inconstitucionalidad ante los tribunales pero lo cierto es que no sabemos, uno lee el código penal y puede decir cualquier cosa, sinceramente debo confesar que puede decir cualquier cosa. Creo que la solución doctrinaria en, la dio el propio Congreso, ratificó el Estatuto de Roma y en el Estatuto de Roma la pena perpetua está reservada a casos de crímenes contra la humanidad extremadamente grave, dice el Estatuto, es decir, un genocidio extremadamente grave y teniendo en cuenta las características personales del sujeto, es decir, creo que está pensando en Hitler más o menos, bueno para eso reserva la perpetua. Y después el genocidio normal, por así decir, tiene treinta años, de modo que entiendo que la pena máxima nuestra, en nuestra ley vigente, es de treinta años en función del artículo treinta y uno de la Constitución, que dice que los tratados internacionales, la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, que en consecuencia de la Constitución se dictan son la ley máxima de la Nación. En consecuencia también ese tratado está incorporado, es decir, el genocidio normal tiene treinta años, el homicidio extraordinario no puede tener más de treinta años, creo que de eso, pero tener que apelar a un tratado internacional, a la ratificación de un tratado internacional para tratar de redondear cuál es la pena máxima que tenemos en el Código Penal está demostrando grave destrucción de deterioro de nuestra legislación penal, a la cual se suman agravantes que no tienen ningún sentido, que son absurdas totalmente, se agrava si es funcionario policial el hurto, el robo pero la extorsión no, aparte está agravado si es funcionario policial, ahora si es el juez o el Presidente de la República o el Ministro de Justicia, no, absurdos de esa naturaleza está plagado el Código, de reformas inconsultas. Nuestro Código en 1921 era un código que no tenía muchos tipos privilegiados, muchos tipos atenuados, no los necesitaba porque Rodolfo Moreno puso mínimos muy bajos, no se animó a suprimirlos pero los puso muy bajos, en consecuencia no necesitaba muchos tipos atenuados, hay pocos, entre los pocos que había, había uno sólo que beneficiaba a la mujer, el infanticidio, lo derogaron, el único que beneficiaba a la mujer lo sacaron, es decir el Código está destruido no tenemos codificación penal, nuestro Congreso ha destruido el Código Penal y con eso ha violado el mandato constitucional de dictar un Código Penal, el que teníamos lo destruyó y no tenemos Código Penal, tenemos pedazos de lo que otrora fue un código hecho por un conservador en un gobierno sí, no era perfecto, pero por lo menos un código que nos permitió vivir ochenta años de normalidad sin mayores alternativas legislativas. En otros aspectos algunas cosas se han podido corregir, la ciudad de Buenos Aires tenía una legislación contravencional ridícula, hoy a desaparecido. Es decir, si nosotros leemos el Martín Fierro, Martín Fierro no lo manda a la frontera un juez imponiéndole una pena sino que se le manda por una contravención pero a Martín Fierro lo manda el juez de paz y el comisario. Cuando la legislación rural, las contravenciones rurales se urbanizan, el juez de paz desapareció y quedó el comisario solo. Y entonces durante más de cien años la población de la Ciudad de Buenos Aires vivió sometida a penas que imponía el Jefe de Policía y a su vez era el que podía legislar por edicto policial y a su vez era el que podía conmutar e indultar la pena, era un funcionario monárquico dependiente del Poder Ejecutivo, hay un pequeño artículo en la Constitución que dice que el Poder Ejecutivo no puede asumir funciones judiciales, éste las asumía, judiciales, legislativas y del ejecutivo de la Corona, las tres. Todo pareció muy normal y hasta trajeron la teoría de un alemán del derecho penal administrativo, un alemán que teorizaba en la época del Emperador Guillermo II, no sé que tenía que ver con nosotros pero hubo un enorme esfuerzo por legitimar todo esto, hasta que finalmente con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires desapareció por imperio de la Constitución de la Ciudad desaparecieron los edictos policiales. Hoy los ciudadanos de Buenos Aires por contravenciones están sometidos a un sistema judicial. Teníamos otra cuña de extraña madera que fuera el Código de Justicia Militar, Código de Justicia Militar preveía también la llamada ley marcial, prudentemente es cierto, es cierto que prudentemente en el texto de la ley, pero de la ley marcial se abusó, se hicieron mil aberraciones y a través de la ley marcial se aplicó una ley marcial absolutamente deformada no era el texto de la ley marcial pero invocando a la ley marcial, se juzgó a civiles por Concejos de guerra. los Concejos de guerra eran básicamente inconstitucionales, estaban integrados solamente por militares que estaban sometidos a la disciplina jerárquica del Poder Ejecutivo naturalmente. Nuestro Presidente es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, por consiguiendo la dependencia directa del Ejecutivo impedía que fuesen considerados jueces no porque fuesen legos un jurado también es lego pero no depende de nadie, esto, no podían ser considerados jueces por falta de independencia. A partir de los años ochenta se reduce la competencia de los Concejos de Guerra pero todos nuestros soldados quedan sometidos a este régimen penal, en alguna medida menor por cierto, y esto que era inexplicable desde el punto de vista de la Constitución llega, tenía un grado de aberración tal impedía el derecho de defensa en un grado de aberración tal que conforme a la legislación de Ginebra de guerra, el prisionero de guerra extranjero enemigo en la guerra tenía más derechos, más garantías para su juzgamiento que el soldado argentino en la paz. Semejante aberración terminó, es decir, se derogó totalmente el Código de Justicia Militar, nuestros hombres y mujeres de las Fuerzas Armadas hoy tienen las mismas garantías que tenemos todos, en caso de delitos funcionales están sometidos a la justicia federal y las faltas administrativas están sometidas a un código de disciplina y pueden ser revisadas judicialmente con las mismas garantías que tiene cualquier funcionario al que se le aplica una sanción de carácter administrativo. Hay otras situaciones que son más difíciles de resolver, continuamos teniendo un régimen de menores que es absolutamente tutelar en contra de la Convención Internacional de Derechos del Niño, las normas inconstitucionales para algunos hegelianos apresurados no existen, para mí existen. Son normas prohibidas pero existen. Para los hegelianos apresurados lo prohibido no existe, entonces hay que negarlo con lo cual se reafirma el derecho, para los que no compartimos ese punto de vista idealista, reconocemos que normas inconstitucionales generan situaciones inconstitucionales y esas situaciones hay que desarmarlas. No se trata de declarar la inconstitucionalidad de una norma sino de desarmar la situación. Tenemos un régimen de menores respecto de los niños y adolescentes menores de dieciséis años que es absolutamente inconstitucional, no lo podemos declarar

inconstitucional porque nos quedamos sin ningún régimen y por otra parte, si en esta coyuntura en que hoy la sociedad argentina está viviendo una terrible campaña mediática febo fóbica está criminalizando, el estereotipo del criminal lo está centrando en el niño y en el adolescente pobre, este es el primer paso de la masacre. De ninguna manera podemos declarar la inconstitucionalidad de esto en este momento porque sería brindar el argumento para que mañana se tienda una trampa a cualquier adolescente y bajo la consigna de la declaración de inconstitucionalidad y la liberación de los presuntos asesinos adolescentes comience la ejecución, comience la masacre. Estas coyunturas son el resultado de muchos años, casi cien años, de procedimiento tutelar respecto de los niños y adolescentes. Hicimos cesar el sometimiento al Jefe de Policía de toda la población de la Ciudad de Buenos Aires después de ciento veinte años, hicimos cesar el Código de Justicia Militar después de ciento diez años, nos queda hacer cesar esta legislación tutelar que tiene como cien años. Y seguiremos, tendremos que neutralizar también los efectos de esta terrible coyuntura mundial, en donde, creo que es conveniente recordarle a los países centrales que esta denuncia permanente no la estamos haciendo por un acné adolescente, antinorteamericano, no. Reconocemos plenamente el valor ejemplificativo, en muchos aspectos institucionales de los países centrales, no nos olvidamos ni mucho menos de los millones de muertos que tuvieron para defender determinados ideales y determinados valores que hoy están planetarizados y universalizados y que forman parte de la conciencia universal, de la conciencia jurídica universal pero lo que le estamos reprochando es que nos están traicionando y al estar traicionándonos, se están olvidando de sus propios muertos. Es un poco paradójal que seamos nosotros los que tengamos que recordarles esto, pero bueno, el mundo tiene sus vueltas y sigue dando vueltas.